

5. PARECERES

5.3

AÇÃO RESCISÓRIA – Embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

SUMÁRIO: 1. Da ação rescisória e do dies a quo do prazo decadencial – 2. Dos embargos de declaração, em seu efeito impeditivo da coisa julgada – 3. Da eficácia dos embargos de declaração, ante o “princípio da utilidade” dos prazos – 4. Do acórdão proferido nos embargos de declaração.

“Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”
– CÂNDIDO DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*.
São Paulo: Malheiros, 2001. vol. I, n. 96.

1. Importante empresa ajuizou, perante o TRT do Rio de Janeiro, *ação rescisória* de acórdão que a condenara ao pagamento de elevada quantia decorrente de diferenças salariais (aplicação do Plano Bresser). Todavia, a aludida Corte entendeu que, ao ser ajuizada a demanda rescisória, já teria fluído o *prazo decadencial*, e isso porque o trânsito em julgado do acórdão rescindendo não sofrera interrupção quando da interposição de embargos declaratórios; e a interrupção não ocorrera ante o fato de que tais embargos “não foram conhecidos”, por irregularidades formais no instrumento de mandato apresentado pelo advogado da embargante.

Note-se que todos os subseqüentes recursos da empresa foram sendo julgados desfavoravelmente, pelo (suposto) “contágio” da alegada não interrupção do prazo para a manifestação do recurso de revista (contra o acórdão rescindendo) dirigido ao TST.

2. Constou do voto do relator, *na ação rescisória*:

“(…) entende o Ministério Público que a formação da coisa julgada ocorreu desde o julgamento do E. Regional, não protraída pela interposição de recursos não conhecidos, do que resulta a configuração da decadência a fulminar a pretensão autora; adoto, por escorreito, este entendimento, concluindo pela extinção do processo, com julgamento de mérito, em face da manifesta decadência, tendo por prejudicado o pedido cautelar em apenso”.

A autora da rescisória voltou, então, com *embargos de declaração*, alegando que o TRT não se pronunciara sobre todas as questões relevantes suscitadas pelas



partes; após a publicação da decisão que indeferiu este recurso, anuncia a empresa a intenção de interpor *recurso ordinário ao E. TST*.

1. Da ação rescisória e do *dies a quo* do prazo decadencial

3. Tendo em vista o teor do aresto rescindendo, não será demais trazer considerações sucintas sobre a *ação rescisória* e sobre a incidência do disposto no art. 495 do CPC, segundo o qual, “o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

Conforme Ada Pelligrini Grinover, “a coisa julgada tem, entre nós, assento constitucional (art. 5.º, XXXVI, da CF), exatamente porque a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais” (“Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional”. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2).

4. Todavia, a sentença de mérito, por vezes, “é de tal maneira viciosa que a lei permite a sua desconstituição, depois de seu trânsito em julgado” (Sérgio Bermudes. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 190), mediante a *ação rescisória*.

Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. I, n. 600, p. 574) anotou que, afastando o inconveniente de identificar a sentença rescindível com a sentença nula, “e por abranger a possibilidade de cumulação do *iudicium rescindens* com o *iudicium rescissorium*”, apresenta-se como completa a definição de ação rescisória adotada por Barbosa Moreira, para quem:

“Chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trântia em julgado, com eventual rejugamento, a seguir, da matéria nela julgada” (*Comentários ao CPC*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. V, n. 65, p. 100).

Bem explicou o eminente processualista, aliás, que a sentença rescindível se não confunde “com a sentença nula nem, *a fortiori*, com sentença inexistente”. E conclui:

“A condição jurídica da sentença rescindível assimila-se, destarte, à do ato anulável. Os autores que têm construído a rescisória como ação tendente à *declaração da nulidade* da sentença empregam o termo ‘nulidade’ em sentido impróprio; uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificá-la, com melhor técnica, como ‘anulabilidade’. Rescindir, como anular, é *desconstituir*” (Op. cit., n. 68, p. 108-109).

5. A ação rescisória revela-se, no direito brasileiro, como *meio autônomo de impugnação* a atos jurisdicionais de mérito, com remota origem na *querela nullitatis* e na *restitutio in integrum*, distinguindo-se dos recursos porque estes im-

pugnam o ato jurisdicional *no mesmo processo* em que foi proferido o provimento atacado; já a rescisória dá início a uma *outra relação processual*, pressupondo haja ocorrido encerramento definitivo da relação processual originária, com o trânsito em julgado da decisão de mérito:

“A ação rescisória em verdade é uma forma de ataque a uma sentença *já transitada em julgado*, daí a razão fundamental de não se poder considerá-la um recurso. Como toda ação, a rescisória forma uma nova relação processual diversa daquela onde fora prolatada a sentença ou o acórdão que se busca rescindir” (Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1987. vol. I, p. 409).

6. Pressuposto básico para o ajuizamento da ação rescisória, respeitado o prazo bienal de *decadência* – CPC, art. 495 –, é a existência de uma sentença, ou acórdão, *que haja transitado em julgado*, adquirindo a imutabilidade inerente à *coisa julgada material*: “se a sentença não é de mérito, a parte não tem interesse processual para rescindi-la porque pode renovar a demanda” (Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984. vol. 2, n. 85.2, p. 364).

O Código de Processo Civil conceitua a coisa julgada:

“Art. 461. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Sentença “não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”:

“Vale dizer: exauridos os recursos cabíveis contra a sentença que julgou o mérito da causa, sobrevém a coisa julgada material. O mesmo acontece quando a parte interessada não os interpõe e perde, pela preclusão, o direito de recorrer, ou, ainda, quando aceita a sentença, expressa ou tacitamente (art. 503). Outro tanto sucede quando o julgamento foi proferido em instância absolutamente única.

Em suma: ou porque a parte interessada não recorreu, ou porque foram exauridos os recursos cabíveis, ou ainda porque o julgamento nasceu irrecorrível, só então forma-se a coisa julgada, que será *material* se a sentença (ou o acórdão, tanto faz) houver solucionado o mérito da causa, houver composto a lide” (Egas Moniz de Aragão. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 241).

7. Assim, a formação da coisa julgada material supõe *o exaurimento de todos os recursos possíveis contra a decisão de mérito*; e *o prazo para o ajuizamento da ação rescisória conta-se a partir do primeiro dia seguinte ao do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão rescindendos*.

Segundo está no REsp 84.530, de que foi relator o eminente Min. Eduardo Ribeiro, “ainda que não conhecido o recurso, salvo se por intempestividade, ou por absoluta falta de previsão legal, o prazo para a rescisória se inicia a partir do momento em que preclusa a decisão a propósito dele proferida” (STJ, 3.^a T., j. 17.09.1996, DJU 29.10.1996, p. 41.643).



Aliás, mesmo se adotada a tese segundo a qual o início do prazo de decadência para a pretensão rescisória não é obstado pela interposição do recurso que venha a ser considerado intempestivo, “ainda assim impende considerar a boa-fé do recorrente, naqueles casos especiais em que a própria tempestividade do recurso apresenta-se passível de fundada dúvida” (REsp 2.447, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, RSTJ 28/312).

8. Em princípio, portanto, *a formação da coisa julgada material aguardará o esgotamento de toda a gama de recursos*:

“Quando interposto, em tempo, o recurso extraordinário (extraordinário em matéria constitucional, ou especial em matéria infraconstitucional) não admitido, daí a interposição do respectivo agravo, tempestivamente, tal circunstância impede a formação da coisa julgada. Hipótese em que, não provido o agravo de instrumento, o trânsito em julgado somente ocorrerá após esgotado o prazo para o subsequente agravo regimental” (REsp 13.415, rel. eminente Min. Nilson Naves. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Glosa ao art. 495, p. 355).

2. Dos embargos de declaração, em seu efeito impeditivo da coisa julgada

9. No caso ora em exame, o v. aresto da E. Seção Especializada em Dissídios Individuais do TRT do Rio de Janeiro *extinguiu o processo da ação rescisória*, sob o fundamento de já haver decorrido o *prazo decadencial*: “a formação da coisa julgada ocorreu desde o julgamento do E. Regional, não protraída pela interposição de recursos não conhecidos, do que resulta a configuração da decadência a fulminar a pretensão autora”.

Vejamos, pois, se esta tese – *a de que a interposição de recursos “não conhecidos” seria inoperante para impedir o trânsito em julgado da decisão recorrida* – apresenta-se correta, ante a doutrina e a jurisprudência dominantes, máxime perante os Tribunais Superiores.

10. Dispunha o art. 538 do CPC, em sua antiga redação, anterior à Lei 8.950/1994:

“Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos”.

O novo texto, que substituiu a “suspensão” por “interrupção”, e acrescentou o par. ún. ao art. 537, passou a vigorar em 12.02.1995.

No caso ora em exame – embargos opostos em março de 1994 –, *incidiu o art. 538 ainda na antiga redação*, notando-se, no entanto, que a modificação na norma processual em nada alterou o tema aqui controvertido.

É inclusive digno de nota que o motivo maior da alteração trazida pela Lei 8.950/1994, no relativo ao efeito dos embargos quanto ao prazo para outros recursos, foi exatamente o de elidir as dificuldades (e, assim, a “insegurança”

para as partes) não raro ocorridas na determinação do *dies a quo* do curso de tal prazo (e na aferição, pois, dos dias “sobejantes”), quando manifestados embargos de declaração!

11. É evidente que, em princípio, um recurso não poderá ser “conhecido” na ausência de qualquer de seus *pressupostos de admissibilidade*, tais como a interposição em tempo hábil, a adequação, o preparo, a legitimação para recorrer etc. Somente em concorrendo tais pressupostos e, assim, admitida a impugnação, passará a Corte ao exame do mérito, dando ou negando provimento ao recurso.

Tal acontece, naturalmente, com o recurso de embargos de declaração (não obstante algum questionamento em sede doutrinária, o sistema jurídico processual brasileiro considera-os como “recurso” propriamente dito). Estão os embargos sujeitos aos requisitos genéricos de admissibilidade: deve a parte interpor-los em tempo hábil; devem ser cabíveis; supõem o jurídico interesse do embargante na “declaração”; têm sido aceitos, em casos excepcionais, inclusive com caráter infringente ante decisões teratológicas ou de erronias processuais graves e evidentes etc.

12. E ainda supõem, e nisso consiste seu “mérito”, que a sentença ou acórdão haja *omitido* questão relevante, ou padeça de *obscuridade* capaz de comprometer-lhe a compreensão, ou de *contradição* capaz de prejudicar-lhe o cumprimento ou a eficácia.

Nesse sentido o magistério de Barbosa Moreira: “Os embargos são apreciados no mérito assim quando o órgão judicial diz que *não existe* a apontada obscuridade, contradição ou omissão, como quando reconhece o defeito e o supre. Em qualquer dessas hipóteses, o tribunal admitiu (ainda que implicitamente) os embargos, provendo-os ou não” (op. cit., n. 304, p. 553).

13. Do ponto de vista estritamente doutrinário, Pontes de Miranda e Barbosa Moreira expuseram que a decisão de não conhecimento de um recurso apresenta “natureza declaratória”, com eficácia *ex tunc*. Assim, a formação da coisa julgada “retroagiria” ao momento até o qual a decisão recorrida era suscetível de ser impugnada pelo recurso.

Segundo Pontes de Miranda, reveste-se tal decisão de natureza declaratória, porque o tribunal apenas proclama que a relação jurídica processual não se instaurou na fase recursal, como se o recurso não tivesse sido interposto ou como se a relação jurídica processual se tivesse exaurido no momento em que decorreu o prazo de interposição do recurso admissível contra a decisão recorrida: “Não conhecer de recurso é desfazer a linha temporal que a interposição injuridicamente havia traçado” (*Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. § 33, p. 374-375).

No magistério de Barbosa Moreira, o tribunal limitou-se a reconhecer o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal; ora, se o recurso era inadmissível, não teria impedido a formação da coisa julgada.



Assim:

“Quando se diz que faz coisa julgada a decisão ‘*não mais sujeita a recurso*’ (art. 467), o que se diz, com outras palavras (...), é que a *res judicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, recurso *admissível*, ou que aquele que acaso o fora tenha deixado de o ser. *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (...), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que a pronuncia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste” (Op. cit., n. 147).

Também alerta Barbosa Moreira no sentido de que se extingue não o “direito de propor a ação rescisória”, mas sim o próprio direito, no plano material, à “rescisão da sentença”; exemplo típico de “direito potestativo”, só exercitável pela via judicial (Op. cit., n. 130).

14. Com orientação, digamos assim, “intermediária”, podemos mencionar, v.g., Nelson Luiz Pinto e Vicente Greco Filho. Para tais autores, a contagem do biênio decadencial para o ajuizamento de ação rescisória iniciar-se-á a partir do trânsito em julgado da última decisão, seja de mérito ou não, *excetuados os casos de recurso manifestamente incabível ou intempestivo*; ter-se-á, assim, evitada a má-fé de quem queira interpor sucessivos recursos para procrastinar a coisa julgada.

Escreveu Nelson Luiz Pinto, com acuidade:

“Como já afirmamos, a decisão somente transitará em julgado ou se tornará preclusa após o juízo negativo de admissibilidade do recurso contra ela interposto, ou após o julgamento do outro recurso que seja interposto contra esta decisão de não recebimento – isto é, quando esgotados os recursos eventualmente cabíveis contra a inadmissibilidade do primeiro recurso interposto contra a decisão” (*Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 55).

E após mencionar a orientação de Barbosa Moreira (que implica admitir o ajuizamento de ação rescisória na pendência do recurso interposto contra a decisão negativa de admissibilidade, rescisória esta a ser “sobrestada” até o julgamento do recurso pendente), expõe que tal orientação trará “importantes, graves e sérios reflexos na fixação do termo inicial do biênio decadencial para a interposição da ação rescisória contra a decisão atacada pelo recurso inadmissível (...). Um dos efeitos dos recursos é, como vimos acima, obstar à formação da coisa julgada ou à ocorrência da preclusão, conforme o caso. Mesmo o recurso que posteriormente venha a ser inadmitido terá tido, quando de sua interposição, esse efeito de impedir o trânsito em julgado. Evidentemente, se o recurso é flagrante e indiscutivelmente intempestivo, a coisa julgada já se terá formado antes mesmo de sua interposição, não havendo, pois, que se falar em obstar à sua ocorrência” (Op. cit., p. 56).

15. O E. TST editou a *Resolução 109/2001*, pela qual o prazo para a propositura da rescisória inicia-se no dia seguinte ao do trânsito em julgado da última

decisão, seja de mérito ou não, *salvo se o recurso for manifestamente incabível ou intempestivo*. Neste último caso, não havendo dúvida razoável quanto à intempestividade ou não cabimento do recurso, o biênio decadencial não se protraí, iniciando-se no dia seguinte ao do término do prazo da última decisão que apreendeu o mérito da causa.

16. A jurisprudência do STJ, a quem cabe a palavra última em nível infra-constitucional nas justiças comum e federal, fixou orientação que se revela a mais adequada ao interesse público e à tranqüila administração da justiça, sem surpresas para os jurisdicionados.

Mencionemos os seguintes arestos, reveladores da orientação prevalecente naquele alto Pretório:

“A norma inserta no art. 538 do CPC, determina que ‘os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes’, nela não se contendo restrição que afaste dito efeito interruptivo na hipótese de os embargos serem considerados ‘incabíveis’ pela ausência de omissão” (4.^a T., REsp 153.234, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. un. de 29.04.1998, DJU 22.06.1998).

“Embargos de declaração considerados incabíveis. Efeito interruptivo.

Ainda que tidos como incabíveis, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. Recurso especial conhecido e provido” (4.^a T., REsp 173.876, rel. Min. Barros Monteiro, ac. un. de 03.09.1998, DJU 14.12.1998).

“Os embargos de declaração, ainda que protelatórios, *interrompem o prazo* para a interposição de eventuais recursos; pode o juiz aplicar multa ao embargante no percentual de até 1% sobre o valor da causa” (5.^a T., REsp 144.795, rel. Min. Edson Vidigal, ac. un. de 04.02.1999, DJU 08.03.1999).

“Decisão interlocutória. Embargos de declaração. 1. Como já decidiu a Corte, os embargos de declaração ‘são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, *uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal*. A interpretação meramente literal do art. 535 do CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual’. 2. Interpostos os declaratórios, está interrompido o prazo para a interposição de outros recursos, nos termos do art. 538 do CPC. 3. Recurso conhecido e provido” (3.^a T., REsp 193.924, rel. Min. Menezes Direito, ac. un. de 29.06.1999, DJU 09.08.1999).

Do voto condutor deste último aresto consta que, “como assentado na jurisprudência da Corte, *os embargos de declaração, mesmo protelatórios, suspendem o prazo para outros recursos*. No direito vigente, ao contrário do Código de 39, a sanção prevista é a pena pecuniária” (REsp 153.642-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 09.03.1998; no mesmo sentido: REsp 170.212, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 08.08.1997).

Igualmente com a mesma orientação, a E. 3.^a T. no REsp 198.636, rel. Min. Waldemar Zveiter, *verbis*:

“Processual civil. Embargos declaratórios julgados protelatórios. Efeito interruptivo do prazo. Art. 538, par. ún., CPC.

Embargos declaratórios oportunamente apresentados, ainda que considerados protelatórios, interrompem o prazo para o recurso cabível da decisão embargada. Precedentes. Recurso conhecido e provido” (ac. un. de 16.12.1994, DJU 20.03.2000).

17. A conclusão permanece até mesmo em se tratando de *“segundos” embargos declaratórios*:

“A circunstância de o embargante reiterar os embargos declaratórios, já rejeitados, não retira do segundo recurso o efeito interruptivo, podendo conduzir tão-somente à aplicação da pena prevista no art. 538, par. ún., do CPC, se for o caso. Precedentes” (4.^a T., REsp 168.193-MT, rel. Min. Barros Monteiro, ac. un. de 11.05.1999, DJU 06.09.1999).

“A interposição de embargos declaratórios, pouco importando sejam segundos, impõe a interrupção do prazo para a manifestação de outros recursos. A pena para os embargos protelatórios não é a suspensão do benefício processual, mas, sim, a pecuniária, com assentado em precedente da Corte. Recurso especial conhecido e provido” (3.^a T., REsp 174.193-SP, rel. Min. Menezes Direito, ac. un. de 23.08.1999, DJU 18.10.1999).

18. Em conclusão, e tendo em vista a doutrina e a jurisprudência amplamente dominantes, *o efeito interruptivo do prazo opera sempre como decorrência da interposição do recurso.*

Como bem mencionou o eminente Min. Cesar Asfor Rocha, em seu voto condutor do REsp 153.234-RS:

“(...) a não se interromper o prazo toda vez que se verificar a inexistência, ainda que manifesta, de omissão ou contradição (o que acontece na maior parte dos casos), a parte embargante, sem poder contar com a certeza de acolhimento dos seus embargos, teria que interpor o recurso futuro praticamente junto com os embargos, o que vem a contrariar o intuito legislativo e a organicidade processual” (STJ, 4.^a T., v.u., ac. de 29.04.1998, DJU 22.06.1998).

Poder-se-á abrir exceção, apenas e tão-somente, para os casos de embargos de declaração *manifestamente intempestivos*, quando sem qualquer dúvida razoável (ante a indiscutibilidade do *dies a quo*) já esteja ultrapassado o prazo recursal e, assim, fique caracterizada uma litigância protelatória ou má-fé.

No caso ora em exame, todavia, *a tempestividade dos embargos manejados pela ora consulente não foi objeto de qualquer impugnação.*

3. Da eficácia dos embargos de declaração, ante o “princípio da utilidade” dos prazos

19. A respeito da momentosa questão, o signatário deste parecer teve oportunidade de apreciar, em sede jurisprudencial (REsp 2.447, 4.^a T., ac. de 05.11.1991,

RTJ 28/313), caso em que se questionava o mais relevante dos pressupostos de admissibilidade: *o decurso do próprio prazo recursal*, ou seja, estávamos diante de caso em que (supostamente) os embargos aclaratórios teriam sido oferecidos após escoado o quinquídio.

Em nosso voto como relator, reportamo-nos a voto proferido pelo eminente Min. Sálvio de Figueiredo no REsp 299 (4.^a T., ac. de 28.08.1989), em que o ilustre processualista refere as *três correntes doutrinárias*:

a) *pela primeira*, o trânsito em julgado somente se dá após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido;

b) *pela segunda corrente*, o recurso inadmissível não terá a virtude de empecer ao trânsito em julgado, que exsurgiria a partir da configuração da inadmissibilidade e não da decisão que a pronuncia (nesse sentido, v.g., Barbosa Moreira, op. cit., n. 147; Pontes de Miranda. Op. cit.);

c) *pela terceira corrente*, a interposição do recurso, mesmo quando não admitidos, obstará a formação da coisa julgada, a afastar o dies a quo da decadência, salvo o caso de intempestividade.

20. Referiu o eminente Min. Sálvio de Figueiredo que este *terceiro posicionamento* vem merecendo a adesão do STF, mencionando decisões a respeito – AR 1.189, RTJ 112/989; RE 103.049, RTJ 121/209; RE 101.311, RTJ 110/880; RE 108.727, RTJ 117/1.361; RE 97.450, RTJ 104/1.265.

Da ementa do RE 97.450 consta que:

“A contagem do prazo de decadência da ação rescisória começa a correr da data do trânsito em julgado da decisão originária; a interposição de recurso cabível, inclusive o extraordinário, salvo se indeferido por intempestivo, afasta o *dies a quo* da decadência” (rel. Min. Soares Muñoz, ac. de 17.08.1982, RTJ 104/1.265).

O efeito interruptivo somente não se opera quando o recurso é indeferido por *intempestividade*. Assim a E. 2.^a T. do Pretório Excelso, no RE 103.049, lendo-se na ementa:

“*Ação rescisória. Prazo. Início. Art. 495 do CPC.* Se o agravo de instrumento foi interposto para que o recurso extraordinário subisse ao STF, mas tal interposição foi *intempestiva*, o lapso temporal para o ajuizamento da rescisória é contado a partir do término do prazo dentro do qual deveria ter sido ajuizado o agravo, pois, ao findar-se ele, transitou em julgado o acórdão impugnado” (rel. Min. Aldir Passarinho, ac. de 07.10.1986, RTJ 121/209).

21. Vale acrescentar, no azo, que, mesmo em se admitindo, na linha acima exposta, a formação da coisa julgada quando “intempestivo” o recurso interposto, tal posição não pode, dentro da lógica do razoável, ser admitida como *absoluta*. Com efeito, ante peculiares circunstâncias de casos concretos, há de se admitir temperamentos, eis que com certa frequência o próprio tema “*intempestividade*” é objeto de fundado questionamento, e cumprirá resguardar a boa-fé do recorrente.

A perplexidade sobre o tema foi exposta em duto pronunciamento do saudoso Min. Pedro Soares Muñoz, que aduziu reconhecer “a ortodoxia processual da orientação do acórdão recorrido, que terá em seu prol o aval autorizado de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira (*Tratado da ação rescisória*. 5. ed. p. 374; *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. vol. I, p. 197).

Militam, porém, a favor do acórdão paradigma razões de ordem prática resultantes da aplicação do *princípio da utilidade* que informa a teoria dos prazos processuais. Os prazos são estabelecidos na lei para serem utilizados por aqueles no interesse dos quais são instituídos. Atendendo a esse escopo é que se diz que os prazos devem ser hábeis.

A prevalecer a orientação do acórdão recorrido, o prazo decadencial de dois anos ficará encurtado, quando não consumido, pela eventual demora do tribunal *ad quem* em julgar incabível o recurso.

Concordo pois, com o voto do eminente Min. Rafael Mayer, ao qual aderiu o eminente Min. Clóvis Ramalhete, para conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento” (STF, 1.^a T., RE 92.816, ac. de 12.05.1981, DJU 05.06.1981).

22. O “princípio da utilidade” foi sublinhado igualmente por Calmon de Passos (Em parecer citado pelo saudoso Coqueijo Costa. *Ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: LTr. p. 136), para quem nenhum prazo pode ter curso quando impossível sua utilização:

“Recorrida a decisão, *não cabe rescisória e por isso nenhum prazo, decadencial ou não, pode fluir, por impossível sua utilização*, ex vi legis. A constituição da coisa julgada operou-se no passado, mas é no presente que tem início o curso do prazo para propositura da rescisória, visto como o prazo inexistia antes, por impossibilidade de sua utilização”.

23. Cogitou-se de uma “solução” para o impasse, alvitada inclusive por mestres de nomeada: o recorrente, no caso de demora no julgamento do recurso interposto, e temeroso do transcurso do biênio, ajuizaria a ação rescisória, “que seria movimentada se o recurso vier a ser considerado intempestivo”.

Parece-nos, todavia, pouco ortodoxa e nada viável esta pretensa “solução” (?), de ajuizamento de uma anômala demanda “condicional” contra acórdão que “não se sabe” se terá ou não transitado em julgado... Seria uma “vitória”, digamos assim, da mais rígida lógica formal sobre a regra maior da instrumentalidade do processo. Além do que a demanda “condicional”, ou “cautelar”, não condiz com o sistema recursal vigente.

24. Daí o voto, com a habitual clareza, do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

“Mas, de outro lado, a admitir-se a posição sustentada pelo eminente relator, o vencido é posto diante de perplexidade quase invencível, pois sempre que recorrer *ficará na dúvida sobre o destino a ser dado à sua irrisignação*, que poderá a final ser definida como intempestiva ou inadmissível, seja no tribunal *a quo*, seja no Supremo Tribunal.

Com isso, na verdade, estaria sendo ‘encolhido’ o prazo para a ação rescisória, ou mesmo totalmente encoberto, porquanto bem poderá acontecer de a parte ser surpreendida, ao final do decurso de dois anos do processamento do seu recurso, com decisão de inadmissibilidade do recurso quando já extinto o prazo para a rescisão”.

25. Ponderando tais realidades, o *REsp* 2.447, de nossa relatoria, recebeu a ementa seguinte:

“Ação rescisória. Recurso extraordinário não admitido por intempestivo. Início do prazo decadencial. Soluções doutrinariamente cogitáveis. Defesa da boa-fé do demandante.

Mesmo se adotada a tese segundo a qual o início do prazo de decadência para a pretensão rescisória não é obstado pela interposição de recurso que venha a ser considerado intempestivo, ainda assim impende considerar a boa-fé do recorrente, naqueles casos especiais em que a própria intempestividade do recurso apresenta-se passível de fundada dúvida. Impossibilidade jurídica do ajuizamento de ação rescisória ‘condicional’ ou ‘cautelar’, interposta no biênio para ter andamento somente se o recurso pendente for tido por intempestivo.

A melhor aplicação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o juiz esquecer que por vezes o rigorismo na exegese do texto legal ou na adoção da doutrina prevalecente pode resultar em injustiça conspícua.

Recurso especial conhecido e provido” (ac. de 05.11.1991, 4.^a T., v.u., *RSTJ* 28/313).

26. Impende citar observação de Teresa de Arruda Alvim Wambier, no sentido de que, levada às últimas consequências, a afirmação de que o juízo de admissibilidade dos recursos tem *natureza declaratória* acarretaria consequências injustas, principalmente no que tange à possibilidade de que, durante a tramitação do recurso, que viesse depois ser inadmitido, se escoasse o prazo decadencial para a ação rescisória:

“(…) cria-se situação iníqua, pois a parte está de mãos atadas enquanto tramita o recurso. Se essa tramitação durar mais de dois anos, quando sobrevier a decisão de inadmissibilidade do recurso, o prazo para a ação rescisória já se terá escoado, pois só neste momento é que se virá a saber que, na verdade, terá sido a decisão recorrida que transitou em julgado (...). Eventual adoção dessa solução se chocaria frontalmente com o *princípio do acesso à justiça* e obrigaria a parte a exercer certo tipo de ‘projeção mental’ sobre a decisão do tribunal, de certo modo tentando ‘prever’ se seu recurso seria, ou não admitido, previsibilidade esta que, na verdade, só é possível, praticamente, sem margem de erro, em casos de *intempestividade evidente, que beira a má-fé*.

Acertadamente, aliás, vêm decidindo nossos tribunais em considerar esse (o caso da *intempestividade flagrante*) como sendo o *único caso em que se considera a coisa julgada como tendo sido formada antes da interposição do recurso*, e

não no momento da decisão sobre a sua inadmissibilidade” (*O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 205-206).

4. Do acórdão proferido nos embargos de declaração

“Seria incorrer em excessiva solenidade e em vazio formalismo fulminar de nulidade todos os desvios do texto legal, até mesmo aqueles que nenhum prejuízo acarretam. O processo voltaria a ser, como se disse que foi nos seus primeiros tempos, uma ‘missa jurídica’, alheia às suas atuais necessidades” (Couture. *Fundamentos*. São Paulo: Saraiva, 1946. Trad. português. n. 195).

“Uma das características do processo civil moderno é o *repúdio ao formalismo*, mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que a exigem, segundo os objetivos a atingir” (Cândido Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. I, n. 3, p. 39).

27. E se assim é relativamente ao pressuposto processual da *tempestividade*, o qual normalmente repousa em constatação objetiva, com muito mais razão no pertinente aos outros requisitos. Assim o da *plena regularidade da representação postulacional*, que serviu de fundamento, no caso concreto, ao não conhecimento do recurso de *embargos de declaração* pela BR opostos ao aresto pelo qual o TRT do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso ordinário.

É certo que as Cortes Superiores têm sido (e o motivo, além de pragmático, repousa na natureza peculiar dos recursos a elas destinados, que mais servem ao interesse público do que ao interesse da parte) absolutamente rígidas quanto ao cumprimento de todas as minúcias procedimentais nos processos que perante elas tramitam. Isso é de geral sabença nos meios forenses. Daí, v.g., a Súm. 115 do STJ, segundo a qual, “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Esta súmula, claro está, é passível de fundadas ressalvas, inclusive porque o recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos não será “inexistente”, ou seja, não está ausente do mundo jurídico; é, simplesmente, ato processual “nulo”, e a rigor eivado de “nulidade relativa”, passível de suprimimento, caso tenha ocorrido simples omissão não apresentar o instrumento de mandato já anteriormente lavrado. “Inexistente” seria o recurso assinado por não-advogado.

28. No caso em exame, qual foi o problema na “representação” da parte embargante? Simplesmente o advogado subscritor da petição de embargos de declaração apresentou o instrumento de substabelecimento, mas não o instrumento originário de outorga de poderes ao advogado substabelecido.

Como deveria agir o tribunal? Não conhecer do recurso, como aliás procedeu? Ou simplesmente, a teor do art. 13 do CPC, deveria o relator conceder à parte um prazo razoável para o suprimimento da irregularidade?

Nas instâncias ordinárias, tudo conduz a esta última solução, mesmo porque o art. 13 do CPC “não cuida apenas de representação legal e da verificação de incapacidade processual, mas também da possibilidade de suprir omissões relativas à incapacidade postulatória”; assim, porquanto a exegese dessa norma deverá ser feita “no contexto do sistema de nulidades disciplinadas pelo Código de Processo Civil, que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, sendo necessário, portanto, ensejar oportunidade para sanar-se eventual irregularidade” (STJ, 4.^a T., *REsp* 102.423, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 26.05.1998, *DJU* 21.09.1998, p. 168).

29. Nesse sentido é a remansosa jurisprudência do C. STJ, como intérprete maior do direito infraconstitucional na justiça comum e federal.

29.1 Assim, no *REsp* 119.679, rel. Min. José Delgado, a 1.^a T. do STJ, em caso similar – de *ausência de procuração ao advogado do apelante*, e com citação de numerosos precedentes, decidiu no sentido de que:

“Nas instâncias ordinárias, a ausência de instrumento de mandato constitui defeito sanável, que pode e deve ser regularizado mediante solicitação do juiz ou do relator no tribunal, haja vista o atual Código de Processo Civil prestigiar o sistema que apregoa tentar-se aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis” (ac. de 06.10.1997, *DJU* 17.11.1997).

29.2 Anteriormente assim já se pronunciara, por unanimidade e em *aresto* ampla e minudentemente fundamentado, a C. Corte Especial, ao apreciar o *REsp* 50.538, rel. Min. Costa Leite:

“A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC. Recurso conhecido e provido” (ac. de 10.11.1994, *RSTJ* 68/384).

Neste *aresto* o eminente Min. Costa Leite reportou-se a um nosso voto, do qual refiro breve trecho: “Sou totalmente infenso à decretação de nulidade, sem antes conceder à parte – que, aliás, não deve inexorável e inapelavelmente responder pelos erros procedimentais de seu advogado – a oportunidade de corrigir as irregularidades passíveis de correção”.

29.3 A tese veio a ser *ratificada pela E. Corte Especial do STJ* no julgamento dos *EDiv no REsp* 191.806, rel. Min. Garcia Vieira, lendo-se da ementa:

“Processual civil. Ausência de procuração. Instâncias ordinárias. Nas instâncias ordinárias, verificada a irregularidade na representação das partes, deve ser aplicado o disposto no art. 13 do CPC. Embargos recebidos”.

29.4 Em outros casos, de não recebimento de *apelação* por ausência de instrumento de mandato ao advogado do recorrente, a E. 6.^a T. do STJ considerou violado o art. 13 do CPC, e mandou fosse concedido prazo razoável para o suprimento da irregularidade (*RSTJ* 137/626; *idem*, *RSTJ* 128/519).

30. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira, em sede doutrinária, este art. 13 diz respeito igualmente à capacidade postulatória: “Logo, contempla também a possibilidade de se suprir omissões relativas ao instrumento de mandato (arts. 36/38) nas instâncias ordinárias (v. EREsp 14.827)” (*Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. Glosa ao art. 13, p. 15).

Da mesma forma Nelson Nery Junior: “O CPC 13 não cuida apenas da representação legal dos incapazes e das pessoas jurídicas, mas inclui no elenco as irregularidades a serem sanadas a hipótese da incapacidade postulatória (RTJ 95/1349)” (*Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT. Glosa ao art. 13. p. 360).

É interessante observar, *a lature*, que o E. STJ tem igualmente apreciado a questão da *falta de assinatura do advogado na petição*, inclinando-se no sentido de que, tendo em vista a tendência de repudiar a rigidez das formas e prestigiar a vontade das partes, a *ausência de assinatura de um recurso*, nas instâncias ordinárias, não se constitui em nulidade insanável, “devendo o juiz assinar prazo para que seja remediada a irregularidade” (REsp 142.022, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 03.11.1997; REsp 183.220, 2.^a T., rel. Ministra Eliana Calmon, RSTJ 163/207; Recl 1.396, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, dec. de 12.06.2003, DJU 20.06.2000, p. 268).

31. Postas estas premissas, como afirmar que o aresto do E. TRT do Rio de Janeiro, não obstante a tempestiva interposição de embargos de declaração pela BR Distribuidora, teria “transitado em julgado”, de molde a impor a que o biênio decadencial da rescisória fosse contado *ex tunc*, a partir de então?

A circunstância de os aludidos embargos *não terem sido conhecidos* – aliás, *data venia*, em decisão equivocada, pois em ostensivo antagonismo com o art. 13 do CPC e com a jurisprudência dominante – *revela-se absolutamente irrelevante*.

Ainda que “não conhecidos”, os ditos embargos de declaração *suspenderam* (dir-se-á atualmente que “interromperam”) o prazo para o recurso subsequente, no caso o recurso de revista, e destarte *este foi manifestado rigorosamente dentro do prazo legal!*

32. Todavia, adotando rígido entendimento sobre a matéria, o C. TST negou houvesse ocorrido a “suspensão” e, assim, afirmou a “intempestividade” do aludido recurso de revista.

A este r. aresto igualmente foram interpostos *embargos de declaração*, e também estes não foram conhecidos, já agora por (suposta) “intempestividade”: a petição recursal teria sido apresentada por “cópia xerocopiada e sem autenticação”, e os originais somente quatro dias após findo o quinquídio.

Mas – nestes tempos de reprografias perfeitas –, o problema não será o de saber se a petição é a “original” (ou seja, a inicialmente impressa com base no arquivo computadorizado) ou se é alguma cópia “reprográfica” (geralmente difíceis até de distinguir). A questão relevante é a da *assinatura*.

Se a assinatura foi lançada pelo punho gráfico do advogado, pouco importa haja sido aposta no original ou na xerocópia. Se a assinatura de próprio punho está apenas no “original”, então é como se presumida fosse a assinatura na xerocópia – mas *a vontade de recorrer foi inequívoca* –, tanto que, logo após, manifestação expressa da parte supriu a falta, sem mossas alguma sequer à liturgia processual tão justamente criticada por Mestre Couture.

No caso em exame, aliás, fui informado de que *a própria “reprografia” foi assinada pessoalmente pela advogada residente em Brasília.*

33. De qualquer forma, a jurisprudência dominante é no sentido de que, *salvo petições manifestamente intempestivas e interpostas de má-fé*, a parte não deve ser prejudicada em seus direitos (que podem ser respeitabilíssimos e até, como no caso, reconhecidos pelo Pretório Excelso!) por motivos de *irregularidades processuais perfeitamente sanáveis.*

Last but not least, não será demasia lembrar que a *Lei 9.800, de 26.05.1999*, veio a consagrar a possibilidade (já antes amplamente admitida no *usus fori*) de utilização do sistema de *fac-símile*, ou técnicas similares, para a prática de atos processuais, com a condição de que os “originais” sejam entregues em cartório nos cinco dias subseqüentes ao do término do prazo (o que aliás aconteceu no caso concreto).

De todo o exposto, poderemos concluir que:

a) As leis processuais devem ser interpretadas da forma mais condizente com a possibilidade de exercício, pelas partes, de suas pretensões no plano do direito material;

b) a interposição de recurso *impede a preclusão e obsta a formação da coisa julgada*, e isso ocorre mesmo que o recurso não venha a ser conhecido por eventual ausência de pressuposto de admissibilidade;

c) a própria “intempestividade” deve ser desconsiderada quando a parte recorrente tenha agido de boa-fé, ante as circunstâncias do caso concreto;

d) não se apresenta condizente com nosso sistema recursal admitir o ajuizamento de ação rescisória em caráter “condicional”, ou “cautelar”, ou seja, na pendência de recurso sobre cuja admissibilidade hajam sido suscitadas dúvidas;

e) no caso em consulta, *os embargos declaratórios opostos pela parte vencida impediram a formação da coisa julgada; assim, a ação rescisória foi ajuizada em tempo hábil.*

Porto Alegre, julho de 2003.